

l'article 942 cite, outre les mineurs, la femme, mais il y ajoute : *s'il y échet*. Cette restriction est aussi de droit commun. La garantie, comme toute responsabilité, suppose une faute. Si le mandataire légal n'était pas en faute, il ne serait pas tenu. Le cas s'est présenté pour la femme. Son mari lui avait fait donation de l'usufruit d'un immeuble ; il ne fit pas transcrire l'acte ; la femme exerça son recours. Il a été jugé que la femme pouvant, aux termes de l'article 940, requérir la transcription sans autorisation maritale, était elle-même en faute, puisqu'elle ne constatait pas qu'elle eût été dans l'impossibilité de faire cet acte conservatoire (1). Cette décision n'est-elle pas trop absolue ? La loi oblige le mari à faire transcrire ; il est donc en faute et, partant, responsable, par cela seul qu'il ne requiert pas la transcription ; tandis que la femme est seulement autorisée à transcrire ; de ce qu'elle n'use pas de cette faculté, on ne peut pas conclure que le mari n'est pas en faute.

Ces principes s'appliquent-ils aux actes à titre onéreux ? Ce que nous venons de dire répond à la question. La loi ne fait qu'appliquer les principes généraux ; elle est donc générale de sa nature. On aurait dû décider la question en ce sens, même dans le silence de la loi ; donc il n'y a aucune distinction à faire entre les donations et les actes à titre onéreux.

**156.** Les parties dont les droits périssent à défaut de transcription s'en prennent souvent au notaire, et intentent contre lui une action en dommages-intérêts. Ces recours ont rarement réussi. Il est certain que les notaires, en vertu de leurs fonctions, ne sont pas chargés de transcrire (2) ; ce qui le prouve à l'évidence, c'est que la transcription n'est pas une obligation pour les parties ; comment serait-elle une obligation pour les notaires ? Sans doute les notaires sont les conseils des parties, surtout quand il s'agit d'une loi nouvelle qui n'est pas encore entrée dans les mœurs ; leur devoir est d'éclairer les parties contractantes, de leur

(1) Bruxelles, 4 février 1852 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 48). Comparez Martou, t. 1, p. 236, n° 284.

(2) Troplong, *De la transcription*, p. 292, n° 138. Comparez mon t. XXVII, n° 385 et t. XIX, n° 413.

faire connaître les dangers qui les attendent s'ils ne remplissent pas la formalité que la loi prescrit pour que l'acquéreur devienne propriétaire à l'égard des tiers. Mais autre chose est le devoir moral du conseil, autre est l'obligation légale de faire ce que l'on conseille et la responsabilité qui y est attachée. Comment veut-on que le notaire soit responsable pour n'avoir pas transcrit, alors que les parties sont libres de ne pas transcrire ? C'est à elles de décider s'il y aura transcription ou non, c'est donc à elles d'y procéder ; et si elles veulent que le notaire le fasse, elles doivent lui donner mandat à cet effet (1).

La grande difficulté, en cette matière, est de savoir quand il y a mandat. Le mandat peut être tacite ; et on admet assez facilement un mandat tacite donné au notaire lorsque les parties, ignorantes et incapables de sauvegarder leurs intérêts, s'en rapportent à l'officier public pour les mesures de prudence et pour les formalités qui doivent assurer leurs droits. Nous avons traité ces difficiles questions au titre du *Mandat* (t. XXVII, n°s 361-376). Les auteurs qui s'occupent spécialement du régime hypothécaire sont portés à imposer au notaire l'obligation positive d'éclairer les parties sur la nécessité de transcrire ; ce qui conduit à rendre le notaire responsable s'il n'a pas rempli ce devoir (2). Peut-être le législateur aurait-il dû faire de ce devoir une obligation légale, mais il ne l'a pas fait. On reste donc sous l'empire des principes généraux concernant le mandat ; dans le silence de la loi, le notaire n'est point responsable en cette qualité, il ne l'est que comme mandataire, et c'est à la partie qui invoque le mandat de le prouver.

#### SECTION IV. — Effet de la transcription.

##### § I<sup>er</sup>. Principe.

**157.** La loi hypothécaire (art. 1<sup>er</sup>) porte que tous actes entre-vifs, à titre gratuit ou onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers seront transcrits, et que

(1) Rejet, 14 février 1855 (*Dalloz*, 1855, 1, 70).

(2) Martou, *Commentaire de la loi de 1851*, t. I, p. 81, n° 61.



jusqu'à-là ils ne pourront être opposés aux *tiers*. Il en est de même des baux excédant neuf années ou contenant quittance d'au moins trois années de loyer. La transcription n'est donc requise que dans l'intérêt des tiers, elle n'est pas prescrite entre les parties contractantes comme condition de la translation de la propriété ou de la validité du bail. Il faut, par conséquent, distinguer la translation de la propriété entre les parties et la translation de la propriété à l'égard des tiers. La loi hypothécaire ne s'occupe pas de la translation de la propriété entre les parties; par cela seul qu'elle ne déroge pas au code civil, elle le maintient. On sait quel est le système du code, nous l'avons exposé au titre des *Obligations*. La propriété se transmet par le seul effet du contrat, sans tradition, sans formalité aucune. Dès qu'il y a concours de consentement sur la chose et le prix, l'acheteur devient propriétaire et le vendeur cesse de l'être. Dans la théorie du code, ce principe s'appliquait aussi aux tiers; l'acheteur était propriétaire à l'égard de tous dès que la vente était parfaite. Il n'en est plus de même depuis la publication de la loi hypothécaire. Nous avons deux lois établissant des principes différents. Entre les parties, la propriété est transmise, en vertu du code civil, par le contrat. Mais, propriétaire à l'égard du vendeur, l'acheteur ne l'est pas à l'égard des tiers, il ne le devient qu'en transcrivant l'acte de vente; jusque-là il ne peut pas opposer son droit aux tiers; c'est dire qu'à leur égard il n'est pas propriétaire, c'est le vendeur qui continue à être propriétaire à l'égard des tiers. Telle est la conséquence du principe de publicité établi par la loi hypothécaire. L'acte de vente doit être rendu public dans l'intérêt des tiers; s'il n'est pas transcrit, l'acheteur ne peut pas opposer son droit aux tiers. Cette publicité est étrangère aux parties contractantes qui connaissent nécessairement l'acte où elles figurent. La vente existe donc entre le vendeur et l'acheteur, quoiqu'elle ne soit pas transcrite, et elle produit tous les effets que la loi attache aux contrats translatifs de propriété; l'acheteur est propriétaire à l'égard du vendeur; s'il est évincé par un tiers à qui il ne peut opposer son droit de propriété, il aura un recours en garantie contre le vendeur; si les tiers n'ont

aucun droit sur la chose, antérieur au sien, sa propriété sera aussi stable que s'il avait transcrit son acte d'acquisition. La transcription n'a d'intérêt que lorsqu'il y a des tiers en cause (1).

Cela explique la négligence que bien des acquéreurs mettent à transcrire, ils se croient propriétaires, et ils le sont réellement; il est vrai que, d'après la loi, ils ne peuvent opposer leur propriété aux tiers; mais cela suppose une fraude dont le vendeur est complice, et la fraude est toujours une exception. Ajoutons, à l'honneur de nos populations, qu'en Belgique c'est une rare exception. On l'a dit, lors de la discussion de la loi hypothécaire, dans la chambre des représentants (2); la clandestinité du code, quelque vicieux que fût ce système, n'avait pas produit dans nos provinces les graves inconvénients qui y sont attachés: l'honnêteté publique tenait lieu de garantie légale. Ce n'est pas à dire que les acquéreurs doivent se reposer sur cette garantie morale, en négligeant de transcrire leur contrat; ils pourraient être évincés sans qu'il y eût fraude de la part du vendeur. Des actes clandestins peuvent avoir été faits par d'anciens propriétaires; il peut y avoir un vendeur non payé ayant le droit d'agir en résolution, et la résolution entraînera l'éviction du dernier acquéreur. La prudence commande donc que tout acquéreur transcrive.

**158.** Si le système du code est vicieux, le système de publicité, tel qu'il est organisé par la loi nouvelle, a quelque chose d'illogique et d'incohérent. Logiquement le droit de propriété ne se scinde pas; c'est un droit dans la chose, le plus absolu de tous les droits réels. Conçoit-on que je sois maître de la chose à l'égard du vendeur seulement et que je ne le sois pas à l'égard des tiers? Puis-je être tout ensemble propriétaire et non-propriétaire? Cependant je le suis à l'égard de mon vendeur et, partant, à l'égard de ses successeurs universels. Ce principe avait été contesté, sous l'empire du code civil, en ce qui concerne les donations; on prétendait que la transcription remplaçait l'insinuation,

(1) Martou, *Commentaire de la loi de 1851*. t. I, p. 83, nos 62 et 63. Troplong, *De la transcription*, p. 161, n° 2, et p. 216, n° 48.

(2) De Theux, dans la séance du 30 janvier 1851 (Parent, p. 201).



qu'elle était, par conséquent, requise pour la validité de la donation; c'était une erreur évidente que la cour de cassation a repoussée dès qu'on l'a produite devant elle (1). Sous l'empire de notre nouvelle législation, il n'y a plus de doute possible; le texte même porte que la transcription ne concerne que les tiers, elle est étrangère aux parties. C'est en cela que consiste l'anomalie que nous venons de signaler. Je suis propriétaire à l'égard du vendeur, je ne le suis pas à l'égard des tiers. De son côté, le vendeur a cessé d'être propriétaire à mon égard, il ne peut plus disposer de la chose; et il est toujours propriétaire à l'égard des tiers tant que la transcription n'a pas été faite; il peut donc l'aliéner, l'hypothéquer, la grever de droits réels, et ces actes seront valables; ils pourront m'être opposés si les tiers ont rempli les formalités prescrites par la loi.

N'eût-il pas été plus logique de faire de la transcription une condition nécessaire pour la translation de la propriété? C'est le système allemand que l'on avait proposé d'introduire en Belgique ainsi qu'en France. Ces projets n'ont pas trouvé faveur (2). En Belgique, la transcription est une tradition nationale, et, d'après ce que nous venons de dire, les fraudes qu'elle a pour objet de prévenir sont une rare exception. Il eût été contraire à la volonté des parties contractantes de subordonner la transmission de la propriété à l'accomplissement d'une formalité qui ne concerne pas les parties; cela aussi eût été illogique et en opposition avec l'intérêt des parties contractantes et avec la réalité des choses. La contradiction que nous signalons n'existe qu'en théorie; en fait, le contrat transporte la propriété; l'acquéreur n'est évincé que dans les cas très-rares où il y a fraude; et, pour ces cas très-rares, il eût été peu logique d'exiger comme condition générale de la translation de la propriété une condition qui n'a d'utilité que dans des cas exceptionnels.

**159.** Nous disons que, sous l'empire de la loi nouvelle, le vendeur reste propriétaire à l'égard des tiers tant que la transcription n'a pas été faite; d'où suit que la vente non

(1) Rejet, 12 décembre 1810, sur les conclusions de Merlin (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 1575).

(2) Martou, *Commentaire de la loi de 1851*, t. I, p. 106, n° 83.

transcrite n'existe pas à l'égard des tiers. Ce n'est pas dans ces termes que l'article 1<sup>er</sup> de la loi hypothécaire formule le principe de publicité; il se borne à dire que l'acte non transcrit ne pourra être opposé aux tiers qui auront contracté sans fraude. Le principe paraît conçu dans des termes restrictifs et ne s'appliquer qu'au cas où, après avoir vendu un immeuble, le vendeur aliène de nouveau le même immeuble ou le grève d'un droit réel. C'est le cas usuel que l'on cite d'ordinaire pour justifier le principe de publicité, mais ce n'est pas le seul cas auquel le principe s'applique, comme nous allons le dire. Reste à savoir si nous avons raison de formuler le principe nouveau dans des termes plus larges que ceux de la loi.

Le principe même de la publicité conduit à la conséquence telle que nous l'avons énoncée. Pourquoi la loi soumet-elle à la transcription les actes translatifs de droits réels immobiliers? Parce que l'intérêt des tiers, qui est aussi l'intérêt de la société, exige que la situation immobilière des propriétaires soit exactement connue, afin que l'on puisse s'assurer que le possesseur d'un immeuble en est le propriétaire. Si l'acte qui aurait dû être transcrit ne l'a pas été, quelle en doit être la conséquence? C'est que cet acte doit être considéré comme n'ayant aucune existence à l'égard de ceux qui n'ont pas pu le connaître; c'est dire qu'il n'y a pas eu de transmission de propriété, à l'égard des tiers, en vertu d'un contrat qui n'a point d'existence.

La loi hypothécaire consacre-t-elle ce principe? C'est ce que va nous dire le ministre de la justice, qui a ouvert la discussion par un exposé des innovations que le projet de loi apportait au code civil. « Aujourd'hui, dit-il, la règle est, quant à la transmission des droits immobiliers, que la propriété se transfère par le simple consentement. Le projet s'écarte complètement de ce principe. *A l'égard des tiers, la vente ne sera plus parfaite par la seule volonté des parties, elle ne le sera que par la transcription. Le propriétaire restera propriétaire à leur égard tant que cette formalité n'aura pas été remplie* (1). » Voilà le prin-

(1) Tesch, Discours dans la séance du 30 janvier 1851 (Parent, p. 199 et 200).



cipe absolu, tel que nous l'avons formulé. Le ministre l'a énoncé comme une vérité certaine et comme formant la base du nouveau régime hypothécaire. Si la loi ne l'exprime pas dans les mêmes termes, elle aboutit néanmoins à la même conséquence. Je vends aujourd'hui un immeuble à Pierre, qui ne transcrit point. Demain je vends le même immeuble à Paul, lequel transcrit. Paul sera propriétaire. Pourquoi l'est-il, bien que j'eusse déjà aliéné la chose à Pierre? Pour que Paul, second acquéreur, devienne propriétaire, il faut que moi, vendeur, je l'aie encore été lors de la vente, puisque l'acheteur ne peut pas devenir propriétaire quand son vendeur ne l'était point. Je suis donc resté propriétaire de l'immeuble, malgré la vente que j'en ai faite; partant, cette vente n'existe pas à l'égard des tiers, et elle n'existe pas à leur égard parce qu'elle n'a pas été rendue publique. Tel est le cas prévu par le texte de l'article 1<sup>er</sup>; la loi consacre donc implicitement le principe tel qu'il a été formulé par le ministre de la justice et tel qu'il résulte du système de publicité qu'elle consacre.

Voici une autre application du principe. Je vends un immeuble à Pierre, qui ne transcrit point; il le donne en hypothèque à Paul, qui prend inscription. Paul pourra-t-il m'opposer son droit d'hypothèque, ou puis-je me prévaloir contre lui de mon droit de propriété? Paul est un tiers à mon égard; donc je suis propriétaire à l'égard de Paul, et on ne peut certes pas opposer au propriétaire une hypothèque consentie pendant qu'il était encore propriétaire. Ce cas ne rentre pas dans le texte de l'article 1<sup>er</sup>, car Paul n'a pas contracté avec moi; mais le principe, tel que l'a formulé le ministre de la justice, reçoit son application. La vente que j'ai faite à Pierre n'existe pas à l'égard de Paul; je suis propriétaire à son égard, il ne peut donc m'opposer une hypothèque que je n'ai point consentie.

**160.** Le nouveau principe s'applique aussi aux partages. En effet, la loi place sur la même ligne les actes déclaratifs et les actes translatifs de droits réels immobiliers, et, après avoir dit que *tous ces actes* doivent être transcrits, elle ajoute : « Jusque-là ils ne pourront être opposés aux tiers ». Le principe est donc identique pour les

partages et pour les ventes; il faut, par conséquent, l'entendre dans le même sens. Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur ce point. On lit dans le rapport de la commission du sénat : « Si l'acte de partage n'est pas transcrit, *il est, relativement aux tiers, comme s'il n'existait point* (1). » La loi a-t-elle eu raison d'assimiler le partage aux actes translatifs de propriété? On peut en douter, comme nous le dirons en traitant de la publicité des privilèges.

**161.** Le principe que l'acte non transcrit n'existe pas à l'égard des tiers ne s'applique pas aux baux. Si le bail qui dépasse neuf ans n'a pas été transcrit, les tiers ne peuvent pas dire que l'acte doit être considéré, à leur égard, comme s'il n'existait point, car l'article 1<sup>er</sup> dit implicitement le contraire : « La durée en sera réduite, dit la loi, conformément à l'article 1429 du code civil. » Si le bail est seulement réduit, il est par cela même maintenu dans les limites d'un bail de neuf ans. La raison en est que, d'après la loi, les baux de neuf ans ne sont pas soumis à la transcription; un bail de neuf ans peut donc toujours être opposé aux tiers, quoiqu'il ne soit pas transcrit, pourvu qu'il ait date certaine, comme le veut l'article 1743.

**162.** Le but du nouveau principe de publicité est de rendre les acquisitions immobilières certaines et stables. Il faut pour cela que ceux qui acquièrent des immeubles se conforment à la loi en transcrivant leur contrat. S'ils ne le font pas, le système de publicité compromet en apparence leurs intérêts. Nous avons rapporté la critique, aussi injuste que violente, que Tronchet a faite de la publicité des transactions immobilières. Si le propriétaire qui ne transcrit pas est évincé, il a mauvaise grâce de se plaindre, il subit les suites de sa négligence; celui qui ne se conforme pas à la loi n'a pas le droit de s'en prendre à la loi.

Ce que nous disons du droit de propriété est vrai aussi des droits attachés à la possession, quand ces droits sont accordés au possesseur à raison du titre translatif de propriété en vertu duquel il a acquis la possession d'un im-

(1) D'Anethan, Rapport (Parent, p. 396).